

Expediente IPP número diez mil ciento treinta y seis.

Número de Orden:19

Libro de Sentencias n°6

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintinueve días del mes de **mayo del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, bajo la Presidencia del primero de los nombrados (**artículo 440 del CPP**), para resolver en la **I.P.P. nro. 10136/I del registro de este Cuerpo**, caratulada: "**C., C. por tenencia simple de estupefacientes en Bahía Blanca**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden, Dres.: **Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es admisible el recurso de apelación interpuesto?

2da.) ¿Debe hacerse lugar a los agravios formulados por la defensa?

4ta.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: El fallo definitivo (luego de la celebración del correspondiente juicio oral) de fs. 145/149 y vta. dictado por el Señor Juez en lo Correccional Nro. 1 Dptal. -Dr. José Luis Ares-, condenó a

C. C. por la comisión del delito de tenencia de estupefacientes (art. 14 primer párrafo de la ley nacional 23.737), a sufrir la pena de UN (1) AÑO y SEIS (6) MESES de prisión con más las costas del proceso.

El citado decisorio resultó impugnado por el Señor Defensor Particular -Dr. Sebastián Martínez-, mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 152/156; lo fue en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación del motivo de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido, por ello resulta admisible (arts. 399, 401, 421, 422, 439, 2do. párrafo, 441 2do.párrafo -según ley 13.812-, 442, 445 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: *Adhiero, por sus fundamentos, al voto del colega que abre el acuerdo, sufragando en idéntico sentido (art. 371 y ccdds. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).*

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: El único motivo de agravio expuesto por el impugnante, se encuentra relacionado con la calificación legal otorgada por el Sr. Juez A Quo, al hecho que diera por acreditado en cabeza de C.. Así no se discute la tenencia de -al menos- 40 gramos (repartidos en 4 tizas) de clorhidrato de cocaína por el que fuera sometido a juicio, ni tampoco la autoría de ese acontecer.

El Sr. Defensor alega que tal tenencia no ha sido simple en los términos del primer párrafo del art. 14 de la ley nacional 23.737, sino para consumo personal como lo prevé el segundo párrafo del articulado recientemente mencionando. Y en caso de hacerse lugar al cambio del nomen juris que postula, requiere que esa figura sea declarada inconstitucional basándose en el precedente "Arriola" de nuestro Máximo Tribunal Nacional.

Valora en tal sentido, los dichos de su pupilo al prestar declaración a fs. 20/21 donde se reconoce consumidor compulsivo; asimismo el lugar donde se lo hallara (bolsillo del pantalón), lo que demostraría el uso habitual y frecuente y el extremo de que la incautación se hubiera efectivizado dentro del domicilio de C.; todo ello lo hace concluir que la tenencia fue para consumo personal y que en las condiciones antedichas resultó un acto privado exento de la autoridad de los Magistrados.

Efectúa su interpretación sobre la "escasa cantidad" requerida en la norma postulada de aplicación, para referenciar que ello debe relacionárselo con el tipo de estupefaciente, con la cantidad que normalmente consume "ese" sujeto, etc.. Así valora que su asistido es consumidor desde los 12 años de edad, que por día necesitaba unos diez gramos de cocaína y que las lesiones nasales acreditadas (a fs. 134), demostraban la veracidad de esas manifestaciones. También agrega que debe meritarse el contenido de la pericia de fs. 128 y vta. de donde emerge el dato de que la cocaína no se encontraba en estado de pureza absoluta.

Cita en favor de su tesis la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia Nacional en autos "Vega Giménez, Claudio s/ tenencia simple de estupefacientes, de fecha 27/12/06, requiriendo la absolución.

Adelanto desde ahora que no acompañaré al recurrente. Es que más allá del esfuerzo recursivo, no se ha hecho cargo debidamente de los fundamentos expuesto en el fallo del A Quo y en particular de la interpretación que debe darse a los vocablos "escasa cantidad"; así destacó su divergencia personal pero no logra demostrar que el razonamiento del Juez de Grado debiera ser variado.

Como ya lo dije, la materialidad (tenencia de 40 gramos de clorhidrato de cocaína) y autoría (en cabeza de C.), llegan firmes a esta instancia. Y vuelvo sobre mis palabras cuando recientemente expresé que -el recurrente- no había atacado debidamente el fallo del A Quo, pues el Sr. Juez en lo Correccional a fs. 147 vta. último párrafo y 148, refiere expresamente que en estos obrados no puede alegarse que

la incautación de droga hubiera sido de escasa cantidad, y citando -a fs. 148 tercer párrafo y cuarto- bibliografía y precedentes jurisprudenciales en favor de su tesis.

Todas esas referencias -del juzgador- van en abono de su conclusión: en el sentido de que la cantidad de estupefacientes incautados no fue escasa. El recurrente -por su parte- trata de relacionar el secuestro de esa cantidad de estupefacientes (si bien en forma previa no dejar de reconocer, y en pos de definirlo, que podría concluirse como objetivamente excesivo a fs. 154 vta. último párrafo y 155 primero), con el consumo compulsivo de su cliente, pero no atacando los razonamientos del fallo. Aquí es donde entiendo que yerra el camino.

Tengo para mí y esto define la cuestión, que el requisito de escasa cantidad de estupefacientes para determinar la posible existencia de un consumo personal, tiene un cariz (al menos relativamente) objetivo, sometido a la prudente apreciación judicial. Una vez sorteado ese primer paso podrá relacionárselo con el sujeto que la tuvo; es decir debe definirse cuándo hay escasa cantidad pero ello no está relacionado -solamente- con cuánto consume el sujeto pasivo pues si así lo hubiera querido el legislador, así lo hubiera plasmado. Por el contrario, en la ley 23.737 se empieza requiriendo esa escasa cantidad, para después recién agregar las "demás circunstancias" que demuestren ese uso personal.

Dicho de otra manera, el legislador nacional pone de manera más leve en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737, a quien tuviera estupefacientes en escasa cantidad y que de las demás circunstancias surja inequívoco el fin de consumo personal. Pero ese fin, no debe hacer olvidar el requisito de "escaso" que fijó primigeniamente. De allí que si a un sujeto se lo encuentra con una buena cantidad de estupefacientes, aunque surja inequívoco el fin de consumo, estará dentro del primer párrafo de la normativa citada y no del segundo como pregona la defensa.

De allí, que pueda aseverar por mi parte que la interpretación judicial podrá ser prudente, pero "lo escaso" tiene también requisitos de

tipo objetivos y considero que más de 40 gramos de cocaína no permiten tal definición.

Esa conjunción lingüística (escasa cantidad) debe ser interpretada; y así podemos leer: *"...En esa inteligencia, se considera que no obstante la calidad asignada de la droga encontrada, su determinación va a requerir de una valoración por cuanto el juez deberá discernir, orientándose en la capacidad toxicológica de cada sustancia, cuándo la calidad detentada es tal, que pueda considerarse destinada al uso personal. A su vez, dicho juicio de valor, deberá conformarse con los criterios científicos vigentes y está estrechamente relacionado con el resto de las circunstancias que el juez deberá apreciar, a los efectos de que no se convierta a dicho elemento en normativo... debe tenerse presente el principio activo de la droga y su capacidad toxicomanígena..."* ("Estupefacientes", Dir.: Alberto Pravia, Ed. Leguis, pág. 68 y sgts.).

Así puedo decir (y citando también la doctrina y jurisprudencia expuesta por el A Quo a fs. 148 segundo y tercer párrafos), que la cantidad de cocaína no fue escasa. Aún teniendo por ciertos los dichos del procesado (que consumía 10 gramos por día) el poseer al menos para cuatro días de tal conducta, lo pone fuera del adjetivo calificativo de escaso. Los efectos que la cocaína ejerce sobre el sistema nervioso central humano van en el camino expuesto.

Hay quienes han llegado a postular que esa escasez es aquéllo que puede ser utilizado para un **único** consumo (una dosis, ver Laje Anaya citado en Código Penal Comentado por Andrés D'Alessio, 3er. Tomo, Ed. La Ley, pág. 1089); obviamente que por mi parte no exijo semejante interpretación, pero está claro que las 24 o 48 dosis que le encontraron al condenado (fs. 128 y vta.), distan mucho de ese único consumo.

Por sólo citar algunos precedentes normativos de nuestro País, ya el Proyecto Peco era riguroso en esas tenencias y seguramente influyó sobre Sebastián Soler quien en el Proyecto de 1960 desincriminaba la tenencia de aquellas cantidades que no excedan de **un uso** personal, donde añadió: *"...obsérvese que la ley dice un uso, con lo cual en modo*

alguno queda autorizado el acopio bajo pretexto de ser toxicómano el tenedor de cantidades apreciables... Nada impide, en efecto, que un toxicómano, además de serlo, posea drogas en cantidades que abarquen o puedan abarcar no sólo el vicio propio sino también vicios ajenos, y que por tal motivo sea punible..." (citado en "La tenencia de estupefacientes en el Derecho Penal Argentino", por Roberto Falcone, puede consultarse en [www.procesalpenal.wordpress.com /2008/ 06/09/ la-tenencia de estupefacientes...](http://www.procesalpenal.wordpress.com/2008/06/09/la-tenencia-de-estupefacientes...)).

En Italia también ante una normativa similar se presentó idéntica discusión. Allí la Suprema Corte de ese país, resolvió que existía dosis módica cuando pudiera ser utilizada (si no en un único contexto) con apreciable inmediatez y no en forma prolongada en el tiempo ("Estupefacientes. La Ley y el Derecho Comparado"; Miguel Medina, Ed. Abeledo Perrot, pág. 136 y sgts.), y si bien se reconoce que no puede establecerse una cantidad estanca para determinar lo módico, también allí se dice que debe tenerse en cuenta el tipo de estupefaciente (lo que se dio en llamar propiedad tóxica) y las características personales de su tenedor (ver Guglielmo Passacantando y Rino Froidi, "La Giustizia penale. Roma -Italia-", fac. II. Febrero 1982, col 60, publicado en L.L., 1984-A-1099/1100).

Pues bien, como lo vengo afirmando algo más de 40 gramos de cocaína (cantidad y calidad) en tizas, aún teniendo en cuenta las características de consumidor de C., me llevan a aseverar que no existió esa escasa cantidad requerida por el legislador nacional para que pueda existir un consumo personal de menor punición.

Y lejos está de resultar aplicable el precedente "Vega Giménez" de la C.S.J.N. citado por la defensa; en primer término pues la circunstancias fácticas de aquél caso es absolutamente disímil (allá dos cigarrillos de marihuana) pero además porque la doctrina del Máximo Tribunal Nacional va en camino de hacer valer el principio de in dubio pro reo para el **uso** inequívoco de la droga pero no para la escasa cantidad (afirmando que en caso de alegarse ese uso, resulta carga de la instrucción

probar lo contrario), que -por todo lo que llevo dicho- tiene un requisito objetivo que encuentro ausente en estos obrados.

Voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: *Adhiero por sus fundamentos al sufragio del Dr. Barbieri, votando en idéntico sentido (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).*

A LA TERCER CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde tratar por admisible el recurso interpuesto, declarándolo improcedente al rechazar el único agravio formulado por el Sr. Defensor Particular, manteniéndose en todas sus partes el fallo recurrido.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU DIJO: *Adhiero, por sus fundamentos, al voto emitido en forma precedente, haciéndolo en idéntico sentido (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).*

Con lo que terminó el acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, Mayo 29 de 2012.-

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que *es justo el fallo recurrido.*

Por ello, RESOLVEMOS:

I-) Declarar admisible el recurso de apelación interpuesto (arts. 439, 441, 442 y ccmts. del Rito Provincial).

II-) CONFIRMAR el fallo condenatorio dictado en lo que fue materia de agravio.

Notificar.

Fecha, devolver a la instancia de origen.